

LA POLÍTICA DE PRÉSTAMO RESPONSABLE EN LA UNIÓN EUROPEA. EN PARTICULAR, LA VALORACIÓN DEL MÉRITO CREDITICIO*

THE EU POLICY ON RESPONSIBLE LENDING AND THE CREDITWORTHINESS' ASSESSMENT IN PARTICULAR

ESTHER ARROYO AMAYUELAS

*Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo. Miembro del Instituto TransJus.
Facultad de Derecho. Universidad de Barcelona*

RESUMEN:

Las páginas siguientes tratan de ofrecer una visión general de los esfuerzos de la Unión Europea para llevar a cabo la política de préstamo responsable en la Directiva 2008/48, de 23 de abril de 2008, sobre crédito al consumo, y la Directiva 2014/17, de 28 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial. Se prestará especial atención a la obligación de los prestamistas de evaluar la solvencia o capacidad de devolución del prestatario y las consecuencias que debería acarrear el incumplimiento de ese deber.

Palabras clave: Préstamo responsable – Transparencia – mérito crediticio – Información – Publicidad – Consumidores – bases de datos – Préstamos – propiedad inmueble residencial – insolvencia del prestamista.

ABSTRACT:

The pages that follow aim to provide an overview of the European Union's efforts to implement the responsible lending policy in Directive 2008/48 of 23 April 2008 on Consumer Credit, and Directive 2014/17 of 28 February 2014 on Credit Agreements for Consumers Relating to Residential Immovable Property. Special attention will be paid to the lenders' duty to assess the risk of borrower default and the consequences that failure to fulfil this duty should entail.

Keywords: Responsible lending – Transparency – Creditworthiness – Information – Advertising – Consumers – Credit – Databases – Loans – residential immovable property – borrower's default.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: ¿QUÉ ES EL PRÉSTAMO RESPONSABLE?
- II. LA DÉBIL CONCRECIÓN LEGISLATIVA DEL PRINCIPIO DE PRÉSTAMO RESPONSABLE EN LA DIRECTIVA 2008/48, SOBRE CRÉDITO AL CONSUMO.
 1. Medidas para disminuir el riesgo de acuerdos desequilibrados.

(*) Trabajo realizado en el seno de los proyectos MINECO DER 2014-54267 y 2014 SGR 22, cuyo origen se encuentra en la conferencia pronunciada en Milán (U. Bocconi), el 15 de junio de 2016, en la reunión anual de Secola, en cuya fecha se cierra el trabajo.

2. *El análisis de solvencia: una obligación de diligencia.*
 3. *Otra forma de ver el problema.*
 4. *Una nueva solución en favor de la banca.*
 5. *El resultado final.*
- III. MAYOR PROTECCIÓN PARA EL CONSUMIDOR DE CRÉDITO INMOBILIARIO EN LA DIRECTIVA 2014/17.
1. *La vulnerabilidad del sistema.*
 2. *Las lecciones a extraer de la crisis.*
 3. *¿Cómo proteger al consumidor?.*
 - 3.1. Información, explicaciones adecuadas y asesoramiento.
 - 3.2. Desistimiento / Plazo de reflexión.
 - 3.3. La comprensión hacia el deudor.
- IV. EN PARTICULAR, EL DEBER DE EVALUAR EL MÉRITO CREDITICIO DEL CONSUMIDOR.
1. *¿Cómo evaluar las perspectivas de cumplimiento?.*
 2. *Entre la libertad y la prohibición de contratar.*
 3. *Las consecuencias de la evaluación del mérito crediticio.*
 - 3.1. Entre el Derecho público y el privado.
 - 3.2. Entre la pérdida y/o reducción de los intereses y, eventualmente, la del capital.
 - 3.3. Responsabilidad civil del prestamista.
- V. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN: ¿QUÉ ES EL PRÉSTAMO RESPONSABLE?

Para intentar combatir los altos niveles de endeudamiento, fruto de la expansión en el acceso al crédito y de la existencia de nuevos productos y nuevas prácticas crediticias en el mercado, la Unión europea incorporó la política del préstamo responsable, primero tímidamente en la Directiva 2008/48, de 23 de abril de 2008, *sobre crédito al consumo*¹ y, luego, de forma más enérgica, en la Directiva 2014/17, de 28 de febrero de 2014, *sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial*.² Con ello se trata de garantizar que los acreedores profesionales consideren las necesidades e intereses de los consumidores prestatarios

(1) DO L 133, de 22.05.2008.

(2) DO L 60, de 28.02.2014.

durante todo el tiempo que dura el contrato, a base de facilitarles el máximo ahorro (vgr. mediante el reembolso anticipado sin penalización) y evitar que sucumban a la tentación de un negocio que comporta riesgos.

Por lo general, la expresión «préstamo responsable» se asocia con las medidas arbitradas para prevenir el sobreendeudamiento y fomentar las buenas prácticas en la concesión de crédito. La necesidad de imponer transparencia en la comercialización de préstamos, el análisis del mérito crediticio, o la concesión de un plazo de reflexión, serían ejemplo de lo primero. Los abusos en la concesión de tarjetas y las hipotecas *subprime* dan muestra de qué prácticas irresponsables se deberían combatir. Sin embargo, la política de préstamo responsable va más allá y también incluye la razonable tolerancia que debe mostrar el acreedor a la hora de reclamar el pago, por ejemplo, a base de limitar los intereses moratorios, evitar que abuse de las cláusulas de vencimiento anticipado, o se esfuerce para no recurrir a la ejecución forzosa antes de haber intentado una negociación con el deudor. Y lleva igualmente consigo la adopción de políticas que proporcionen una mejora en la educación financiera de los consumidores. Cómo no, también exige combatir problemas internos estructurales de las entidades, como la política de incentivos que propicia la comercialización indebida de productos crediticios y que, en buena medida, afecta igualmente a los intermediarios. Sería el caso, por ejemplo, de la remuneración vinculada a las operaciones realizadas o la venta de tarjetas o de seguros asociados al préstamo.³

Las páginas que siguen tratan de explicar los esfuerzos de la Unión europea para implantar la política de préstamo responsable en los Estados miembros, con particular atención al deber de los prestamistas de analizar el riesgo de incumplimiento del prestatario y a las consecuencias que debería llevar aparejadas el incumplimiento de ese deber, que es algo no expresamente previsto por el legislador europeo.

II. LA DÉBIL CONCRECIÓN LEGISLATIVA DEL PRINCIPIO DE PRÉSTAMO RESPONSABLE EN LA DIRECTIVA 2008/48, SOBRE CRÉDITO AL CONSUMO

La revisión de la Directiva 1987/102, sobre crédito al consumo, tuvo su primera plasmación en una Propuesta del año 2002⁴, entre cuyos fines figuraba la necesidad de incorporar la idea del préstamo responsable, esto es, la necesidad de que los pres-

(3) Para una descripción general de los objetivos de política jurídica ínsitos en la idea del crédito responsable, *vid.* The World Bank (Washington DC), *Responsible Lending. Overview of Regulatory Tools*, October 2013, pp. 8-9 (<http://documentos.bancomundial.org/curated/es/596151468336064796/Responsible-lending-overview-of-regulatory-tools>). Además, *vid.* Reifner, U. «European Coalition for Responsible Credit—Principles of Responsible Credit», en Twigg-Flessner, Ch. *et al.* (eds.), *The Yearbook of Consumer Law 2008*, Aldershot, Ashgate, 2007, pp. 419-427; Atamer, Y. M. «Duty of Responsible Lending: Should the European Union Take Action», en Grundman, S. — Atamer, Y. M. (eds.), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law*, Kluwer, The Netherlands, 2011, pp. 179-202; Ramsay, I. «Regulation of consumer credit», en Howells, G. *et al.* (eds.), *Handbook of Research on International Consumer Law*, Elgar, Cheltenham, [pp. 366-408], pp. 394 ss.

(4) Bruselas, 11.09.2002 (COM (2002) 443 final).

tamistas observaran normas de cautela o de gestión prudentes. Muestra de ello eran, entre otras, las medidas que se adoptaban para prevenir un endeudamiento excesivo y las disposiciones que obligaban a consultar bases de datos centralizadas, con el fin de mejorar la calidad del préstamo y disminuir el riesgo de que los consumidores fueran víctimas de acuerdos desequilibrados a los que no pudieran hacer frente, cuya consecuencia acabaría siendo su exclusión económica y costosas intervenciones sociales por parte de los Estados miembros. La política de préstamo responsable no eximía al consumidor de actuar con la misma prudencia en la búsqueda de un crédito, ni le dispensaba del deber de respetar sus obligaciones contractuales.⁵

1. Medidas para disminuir el riesgo de acuerdos desequilibrados

El art. 9 suponía la materialización del principio de concesión de préstamo responsable y comportaba la carga del prestamista de cerciorarse de la capacidad de reembolso del consumidor antes de concederle el préstamo solicitado. Para ello podía ser necesaria su colaboración y, en este sentido, el precepto debía completarse con el art. 6, que era el que establecía deberes de información recíprocos (el consumidor, sobre su situación financiera; el prestamista, sobre la descripción del producto ofrecido, sus ventajas e inconvenientes) y un deber de asesoramiento del prestamista que implicaba elegir el crédito mejor adaptado a la situación del solicitante. El art. 9 también debía ponerse en relación con el art. 8, que era el precepto que establecía la obligatoriedad de consultar una base de datos centralizada que incorporara el registro de los incidentes de pago, aunque también podía incluir el registro de los contratos de crédito y de garantía.

Gracias a la política de concesión responsable de crédito se iniciaba una forma de protección a los consumidores que iba más allá de la imposición de deberes de información precontractuales al prestamista.⁶ Con todo, estos no desaparecían y, más bien todo lo contrario, se incrementaban, quizás en detrimento de otras medidas esenciales, como la inclusión de una definición sobre lo que debían ser considerados tipos de interés usurarios.⁷

2. El análisis de solvencia: una obligación de diligencia

La evaluación de la capacidad de devolución del préstamo por parte del consumidor se configuraba como una obligación de medios y no de resultado y, por consiguiente, el incumplimiento del prestatario no debía implicar automáticamente la responsabilidad del prestamista; esto último precisaba una apreciación judicial de los hechos

(5) Propuesta de Directiva 2002, p. 16 (comentarios al art. 9).

(6) Ramsay, I. «From Truth in Lending to Responsible Lending», en Howells, G. *et al.* (eds.), *Information Rights and Obligations*, Ashgate, Aldershot, 2005, pp. 47-65.

(7) Medida que, entre otras, reclamaba el Comité Económico y Social Europeo (CESE) en su dictamen, epígrafes 2.2.4 ss (DO C 234, de 30.09.2003). El CESE criticaba, además, la filosofía general de la Propuesta según la cual «protección de los consumidores» es igual a «información de los consumidores» (vgr. epígrafes 2.4.3, 2.4.5).

en cada caso concreto.⁸ Era importante que la Comisión remarcara expresamente la relación entre la conclusión del contrato y la evaluación previa de esa capacidad de devolución por parte del deudor, porque eso sugería que cuando el pronóstico no fuera favorable a la concesión de crédito (el solicitado o cualquier otro), el prestamista debía abstenerse de concluir el contrato; en caso contrario, la falta de diligencia debía tener consecuencias civiles. Sobre la base del modelo que proporcionaban la legislación belga⁹ –y, seguramente también la suiza,¹⁰ aunque esta no aparecía expresamente mencionada– ello se ejemplificaba con la posibilidad de establecer la pérdida de los intereses y gastos, que era la particular forma de indemnizar los daños del consumidor; pero, además, con el añadido de que éste pudiera mantener el beneficio del término, esto es, el pago fraccionado del importe total del crédito [art. 31 (2)]. Todo ello daba la medida de lo que la Comisión consideraba sanción «efectiva, proporcionada y disuasoria» [art. 31(1)], aunque tampoco se descartaban otro tipo de sanciones de carácter administrativo.¹¹ Luego, el CESE, en un dictamen muy prolijo, ahondaba, entre otras consideraciones, en la necesidad de que la Propuesta estableciera con claridad las consecuencias de no consultar y no tomar en consideración la información que sobre el prestatario figurara en la base de datos y apostaba decididamente porque, si el prestamista no respetaba las disposiciones relativas al préstamo responsable, las sanciones consistieran en la pérdida del derecho a cobrar intereses y gastos.¹²

3. Otra forma de ver el problema

Sin embargo, todos esos niveles de exigencia fueron rebajados por el Parlamento europeo.¹³ La lectura que este hacía de la Propuesta de la Comisión es que esta endurecía indebidamente el acceso al crédito, con el consiguiente riesgo de exclusión social que ello podía comportar para innumerables ciudadanos. El Parlamento alertaba de que la Comisión no abordaba correctamente el problema porque no tenía en cuenta que el sobreendeudamiento es normalmente consecuencia de una serie de acontecimientos que se presentan de forma inesperada en la vida (desempleo, divorcio, enfermedad) y de las prácticas ilícitas de los deudores.¹⁴ Por eso, aunque el Parlamento no eliminaba la obligación de analizar la solvencia, sí que suprimía el art. 9, tal y como había sido formulado por la Comisión, con el fin de evidenciar que la responsabilidad se ampliaba al deber de proporcionar información y también para hacer más explícita la idea de que tanto el préstamo como el endeudamiento debían

(8) Propuesta 2002, p. 16 (comentarios al art. 9).

(9) Sobre la legislación en vigor entonces, Rott, P. – Terryn, E. – Twigg-Flesner, Ch. «Kreditwürdigkeitsprüfung: Verbraucherschutzhinderung durch Zuweisung zum Öffentlichen Recht», *Verbraucher und Recht*, 2011, 5, [pp. 163-169], p. 164. Referencias legislativas actualizadas en el epígrafe IV.

(10) Sobre la legislación en vigor entonces, Atamer, «Duty...», en Grundmann – Atamer (dirs.), *Financial Services...*, pp. 192-193. Referencias legislativas actualizadas en el epígrafe IV.

(11) Propuesta 2002, p. 29 (comentarios al art. 31).

(12) DO C 234, de 30.09.2003, epígrafes 3.4.1 y 3.12.2.

(13) Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior (Ponente: Joachim Wuermeling), Final A5-0224/2004: Segundo Informe sobre la Propuesta de Directiva, de 2.04.2004.

(14) Segundo Informe (Exposición de Motivos), p. 88, p. 89.

ser responsables; además, el Parlamento suprimía el deber de asesoramiento sobre el crédito que mejor se adaptara a la situación financiera del consumidor.¹⁵ En relación con esto último, ya antes la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios había alegado que la obligación de asesoramiento solo podía satisfacerse efectuando una investigación detallada de los asuntos personales del consumidor y denunciaba que eso, además de suponer una intromisión intolerable en su vida privada, sería inviable en muchos casos (*vgr.* créditos ofrecidos a distancia).¹⁶ En su opinión tampoco tenía sentido introducir la regla de que el prestamista no puede contratar a menos de que esté convencido de que el consumidor o avalista pueden cumplir sus obligaciones porque, por definición, el prestamista tienen interés en evaluar atentamente la capacidad de reembolso del deudor, en virtud de los criterios de gestión seria y prudente, y las modalidades técnicas de dicha evaluación forman parte del libre ejercicio de la actividad empresarial.¹⁷ Además, entendía que planteaba problemas evaluar el comportamiento del prestamista cuándo este exigiera un aval, porque no quedaba claro si ello ya indicaba que estaba convencido de la no posibilidad de devolución del préstamo por parte del deudor y, por tanto, si debía entenderse entonces que también en este caso actuaba de forma irresponsable. Adicionalmente, consideraba que, de adoptarse tal norma, los efectos negativos se proyectarían también sobre el prestamista al que no pudiera serle devuelto el crédito por causas ajenas al mismo (pérdida de empleo o enfermedad del deudor). Finalmente, se argüía que la oferta de crédito se contraería, en claro perjuicio para el consumidor, porque ningún prestamista se arriesgaría a ofrecérselo si existían antecedentes de incumplimiento.¹⁸

En definitiva, el Parlamento consideró que el artículo era «superfluo» porque redundaba en las obligaciones inherentes al crédito y, por consiguiente, entendía que el principio del préstamo responsable no debía tener una traducción específica en un texto jurídico.¹⁹ Añadía que, en la práctica, y con el fin de reducir el riesgo, los prestamistas ya comprueban si el consumidor o el garante están en condiciones de hacer frente a sus obligaciones.²⁰ Por el contrario, el Parlamento sugería que lo que debía constar expresamente es que tanto los consumidores como los garantes deben actuar con prudencia y respetando sus obligaciones contractuales.²¹ Es decir que, mientras que la prudencia de los prestamistas cabía presumirla (porque es en su propio interés que deben asegurarse de la capacidad de reembolso), no sucedía lo mismo con los prestatarios, cuyo comportamiento no escapaba de la sospecha de temeridad. Lo que debía fomentarse, pues, era el endeudamiento responsable de los

(15) Segundo Informe, enmienda 17 de supresión del Considerando 15 (pp. 15-16); enmienda 65, que afectaba a los arts. 6 y 9 (pp. 35-38).

(16) Segundo Informe, enmienda 17 de supresión del Considerando 15 (pp. 99-100).

(17) Segundo Informe, enmienda 55, de supresión del art. 9, p. 117.

(18) Segundo Informe, enmienda 55, de supresión del art. 9, p. 117.

(19) Segundo Informe, enmienda 17, de supresión del Considerando 15, pp. 15-16.

(20) Segundo Informe, enmienda 17 de supresión del Considerando 15, p. 16.

(21) Segundo Informe, enmienda 18, de introducción de un nuevo párrafo 15 bis en la Exposición de Motivos, p. 16

consumidores, que era un aspecto que la Propuesta de la Comisión del año 2002 sólo tímidamente reflejaba.²²

4. Una nueva solución en favor de la banca

Esas objeciones obligaron a la Comisión a presentar un nuevo texto en el año 2005,²³ donde el programa de concesión responsable de crédito quedaba reducido, por un lado, al deber de facilitar información precontractual y, por el otro, al deber de examinar la solvencia del consumidor, si bien esto último quedaba condicionado a la información precisa facilitada por este, ya que la consulta de las bases de datos pertinentes ya no era obligatoria [art. 5 (1)]. Se eliminó el deber del prestamista de proponer el crédito que mejor se adaptara a las necesidades del prestatario, de acuerdo con su situación financiera, los riesgos, las ventajas y las desventajas y el objetivo del crédito [cfr. art. 6 (3) Propuesta de 2002];²⁴ en su lugar, se introdujo el deber de proporcionar explicaciones adecuadas para facilitar al consumidor la evaluación de si el contrato propuesto era adecuado para él y, si fuera preciso, se obligaba al prestamista a aclararle el significado de la información precontractual que también venía obligado a facilitarle, así como las ventajas y los inconvenientes asociados a los productos propuestos [art. 5 (5) Propuesta de 2005]. *Mutatis mutandis*, esas previsiones corresponderían luego a los art. 5 (6) (explicaciones adecuadas; Considerando 27), art. 8 (análisis del mérito crediticio; Considerando 26) y art. 9 (consulta de bases de datos).

5. El resultado final

La Directiva 2008/48 prohibición de otorgar crédito si, al final, resulta que no lo merece. La Directiva no obliga a crear una base de datos centralizada de impagos y ni siquiera obliga a consultar bases de datos alguna;²⁵ no dispone cuál es la información que deben proporcionar los consumidores;²⁶ y no ordena los criterios que deben hacer servir los prestamistas para juzgar quién merece el crédito que solicita. En la práctica, muchas veces se ha conseguido una evaluación positiva gracias a la previsión de plazos muy largos de devolución; y el riesgo de incumplimiento ha servido para elevar el tipo de interés a los deudores que presentaban menos probabilidades

(22) Propuesta 2002, p. 16 (comentarios al art. 9).

(23) COM (2005) 483 final/2 (Bruselas, 23.11.2005).

(24) Favorables, Grundmann, S. – Hofmann, Ch. «EC Financial Services and Contract Law – Developments 2007-2010», *European Review of Contract Law*, 2010, 4, [pp. 467-484], p. 480.

(25) Sobre el particular, Ferretti, F. «The Legal Framework of Consumer Credit Bureaus and Credit Scoring in the European Union: Pitfalls and Challenges – Overindebtedness, Responsible Lending, Market Integration, and Fundamental Rights», *Suffolk University Law Review*, 2013, 46, [pp. 791-828], pp. 802-807.

(26) Por el contrario, la enmienda 65, de reforma de los arts. 6 y 9, de la Comisión de Asuntos Jurídicos e Interior, sí que lo preveía, si bien hacía recaer en el consumidor la carga de la prueba de que había suministrado esa información (Segundo Informe, p. 38).

de cumplimiento. La explosión de la burbuja inmobiliaria ha puesto de relieve esas y otras prácticas, algunas deshonestas, y ha demostrado que, en el ámbito del crédito hipotecario, el deber de tener debidamente en cuenta las necesidades del prestatario ha sido sistemáticamente obviado.

III. MAYOR PROTECCIÓN PARA EL CONSUMIDOR DE CRÉDITO INMOBILIARIO EN LA DIRECTIVA 2014/17

La Directiva sobre crédito al consumo debía transponerse en los Estados miembros a lo más tardar en mayo de 2010 (art. 27) pero, teniendo en cuenta las graves consecuencias del sobreendeudamiento en el mercado hipotecario, tanto para el consumidor como para el sistema financiero en su conjunto, pronto se apreció la conveniencia de profundizar en la responsabilidad en la concesión del crédito hipotecario.²⁷ Así, si la primera de las directivas citadas tenía la clara función de expandir el crédito en el mercado interior, la segunda, promulgada cuando ya se había producido el *crash* inmobiliario, se orientaba a imponer requisitos más estrictos para combatir las prácticas irresponsables de los bancos.²⁸

1. La vulnerabilidad del sistema

La crisis y, con ella, la avalancha de ejecuciones hipotecarias allí donde se había ampliado la financiación con el fin de permitir el acceso a una casa en propiedad, había puesto en evidencia la vulnerabilidad del sistema.²⁹ Los bancos incentivaron tasaciones ficticias, otorgaban plazos de devolución del préstamo que iban más allá de la edad laboral de las personas, y no analizaban correctamente la capacidad de devolución de los deudores, entre otras razones porque confiaban en exceso en que el inmueble se revalorizaría. Además, se popularizaron las hipotecas en las que durante un tiempo solo se pagaban intereses (muy problemáticas en el Reino Unido y en Irlanda y también preocupantes en los Países Bajos)³⁰ y se inventaron nuevos productos hipotecarios (préstamos en moneda extranjera, hipotecas inversas, hipotecas de máximos) y financieros, que se comercializaban como servicios accesorios

(27) Comparato, G. «The Design of Consumer and Mortgage Credit Law in the European System», en Micklitz, H. W. – Domurath, I. (eds.), *Consumer Debt and Social Exclusion in Europe*, Ashgate, Farham, 2015, [pp. 9-26], pp. 18-19.

(28) Comparato, «The Design....», en Micklitz – Domurath (eds.), *Consumer....*, p. 15.

(29) Vid. los reports en Micklitz – Domurath (eds.), *Consumer Debt...*, pp. 29 ss; además, vid. *EU Private Law Jean Monnet Working Papers*, 2017, 1-8, disponibles en: (http://www.ub.edu/jeanmonnet_dretprivateuropeu/en/publicacions_en.html).

(30) Para el Reino Unido, vid. Financial Services Authority, Mortgage Market Review: Responsible Lending, Consultation Paper 10/16, Julio 2010, Annex 1, Part 2. Una descripción de ese tipo de hipotecas en Irlanda, Jordan, M. «The impact of the mortgage credit Directive 2014/17 in the republic of Ireland», *EU Private Law Jean Monnet Working Papers*, 2017, 3, p. 7. (http://www.ub.edu/jeanmonnet_dretprivateuropeu/es/publicaciones_es.html). En cuanto a los Países Bajos, vid. Braspenning, J. «Mortgage credit in the Netherlands», *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017, 4, [pp. 180-184], pp. 183-184.

al préstamo, cuyos riesgos no se explicitaban al consumidor (swaps, por ejemplo). Por otra parte, el personal de las entidades crediticias tenía escasa o nula formación y desconocía los riesgos inherentes a las operaciones que autorizaba. Fallaba igualmente el control por parte de los Consejos de Administración y otros organismos públicos.³¹ En España, además, no ha existido una supervisión para otros intermediarios de crédito distintos de los bancos hasta después de estallar la burbuja (2009),³² no se ha regulado la necesidad de realizar un control de la solvencia del prestatario hasta que los niveles de endeudamiento han sido elevadísimos (2011)³³ y tampoco ha existido una regulación sobre el concurso de las personas físicas hasta épocas bien recientes (2015),³⁴ claramente mucho después de Italia, que erróneamente ha sido considerado el país de la UE donde el legislador nacional más tarde abordó el problema (en el año 2012).³⁵

2. Las lecciones a extraer de la crisis

La Directiva 2014/17 pretende extraer lecciones de la crisis financiera y erradicar prácticas irresponsables de concesión de crédito (Considerandos 4, 5), a base de incorporar disposiciones más estrictas que la Directiva precedente (Considerando 22). Tras el Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE,³⁶ la Comisión lanzó una consulta sobre crédito y préstamo responsable,

(31) A propósito de la realidad española, destacan el impacto de la concesión irresponsable de crédito y la falta de control adecuado, Nasarre Aznar, S. «Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, 727, págs. 2665-2737; Zunzunegui, F. «Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2013, 129, págs. 35-75; Simón Moreno, H. – Anderson, M. «The Impact of The Mortgage Credit Directive in Spain», *EU Private Law Jean Monnet Working Papers*, 2017, 8, pp. 8 ss.

(32) L. 2/2009, de 31 de marzo, *por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito* (BOE n. 79, de 1 de abril de 2009). Destacan lo tardío de la fecha de publicación de la norma, Simón Moreno – Anderson, «The Impact....», p. 15.

(33) Fundamentalmente, Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, *de transparencia y protección del cliente de Servicios bancarios* (BOE n. 261, de 29.11.2011).

(34) L. 25/2015, de 28 de julio, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social* (BOE n. 180, de 29 de julio de 2015). La promulgación de la norma ha acelerado el aumento del número de personas físicas que se declaran insolventes. Según noticias de prensa, entre enero y marzo de 2017, 81 familias catalanas se declararon insolventes, una cifra que duplica la del mismo período del año pasado. En España, el total es de 263, un 43% más que en el primer trimestre de 2016. Cataluña fue la comunidad autónoma donde más personas físicas se declararon en concurso de acreedores y representa un 30% del total del Estado, seguida de la Comunidad Valenciana, con 44 casos (prácticamente la mitad que en España), y Madrid, con 24. Fuente: Diarios *Ara* y *El País*, de 9 de mayo de 2017, citando datos del INE.

(35) Montinaro, R. «The consumers' over-indebtedness under an Italian contract law perspective: The current status and the way ahead», *Europa e Diritto privato*, 2016, 4, [pp. 1215-1248], p. 1217.

(36) Bruselas, 18.12.2007 (COM (2007) 807 final. *Vid.* pp. 9 ss, sobre la concesión y contratación responsable de los préstamos.

que ayudó a perfilar mejor sus contornos.³⁷ La Propuesta de Directiva se presentó en el año 2011,³⁸ el Parlamento emitió su informe de enmiendas en 2012,³⁹ y la norma fue aprobada poco tiempo después, con amplios retoques, pero sin excesivos problemas.⁴⁰ El CESE, que era especialmente partidario de un crédito responsable, había reclamado algunos ajustes importantes como, por ejemplo, la regulación de la usura o la incorporación de un *loan to value* adecuado (cantidad prestada en relación con el valor del inmueble)⁴¹ pero esos aspectos, finalmente, no se materializaron.

3. ¿Cómo proteger al consumidor?

La Directiva incorpora *ex novo* normas que disciplinaban la conducta de los prestamistas, a base de exigirles un nivel adecuado de conocimientos y de competencia, imponer transparencia en la remuneración y regular los requisitos para la actuación y el establecimiento de los intermediarios de crédito. Con el fin de fomentar un endeudamiento responsable, es nueva también la sugerencia de mejorar la educación financiera de los consumidores [arts. 6, 22 (7)] que, aunque puede resultar de dudosa eficacia práctica cuando la información es muy compleja, por lo menos puede ayudar a tomar decisiones a la hora de manejar las finanzas domésticas.⁴² Además, la norma incrementa la protección del consumidor con nuevas advertencias en la publicidad y

(37) Vid. Public Consultation on Responsible Lending and Borrowing in the EU (Brussels, 15.06.2009): http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2009/responsible_lending/consultation_en.pdf (fecha de la última consulta: 19.07.2017). Además, vid. Summary of Responses to the Public Consultation on Responsible Lending and Borrowing in the EU (Brussels, 30.11.2009) en http://ec.europa.eu/internal_market/financeservicesretail/docs/credit/resp_lending/feedback_summary_en.pdf (fecha de la última consulta: 19.07.2017).

(38) Bruselas 31.2.2011, COM (2011) 142 final.

(39) I Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial (Ponentes: Antolín Sánchez Presedo / Kurt Lehner). Documento PE469.842v04-00, de 11.10.2012.

(40) Para los avatares de su gestación, Schäfer, F. L. «Wohnimmobilienkreditrichtlinie. Geschichte und Umsetzung im Verbraucherdarlehensrecht», *Verbraucher und Recht*, 2014, 6, [pp. 207-216], pp. 207-212; Arroyo Amayuelas, E. «La Directiva 2014/17, sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», *InDret*, 2017, 3, [pp. 1-45], esp. pp. 1-12; Lauroba, E. «La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito relativos a los bienes inmuebles de uso residencial», en Lauroba Lacasa, E – Tarabal Bosch, J. (eds.), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid-Barcelona [i.a.], Marcial Pons, 2012, pp. 117-132.

(41) Dictamen del CESE sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial (DO C 318, de 29.10.2011), epígrafes 1.10 y 3.3.8-9.

(42) Sobre los efectos más bien limitados de la medida, en parte como consecuencia de la falta de competencia de la UE para ponerla en práctica, Domurath, I. «A Map of Responsible Lending and Responsible Borrowing in the EU and Suggestions for a Stronger Legal Framework to Prevent Over-Indebtedness of European Consumers», en Micklitz – Domurath (eds.), *Consumer Debt...* [pp. 155-175], pp. 163-164. Igualmente escéptica, Mak, V. «The Myth of the "Empowered Consumer": Lessons from Financial Literacy Studies», *Journal of European Consumer and Market Law*, 2012, 4, [pp. 254-263], pp. 258-259. A propósito de la educación financiera de los consumidores, COM (2007) 808 final y Dictamen del CESE (DO C 318, de 29.10.2011).

una información más completa y personalizada (arts. 11, 13-14) y explicaciones adecuadas sobre la misma (art. 16).

3.1. Información, explicaciones adecuadas y asesoramiento

Puesto que es frecuente que el consumidor decida contratar a partir del impacto que recibe de los anuncios, es elemental que la publicidad contenga datos básicos como la duración del crédito, el número de plazos y el precio (como mínimo, la TAE). Si, por el contrario, ya sea en la publicidad, ya en la información precontractual, el consumidor se enfrenta a una avalancha de menciones obligatorias que, además, no siempre es capaz de entender, es difícil que pueda tomar una decisión racional.⁴³ El problema solo se soluciona en parte con las precauciones adoptadas para que el lenguaje utilizado en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) sea menos técnico que el de los términos jurídicos utilizados en la directiva (Considerando 41).

Como en la precedente Directiva 2008/48 [art. 5 (6)], la Directiva 2014/17 (art. 16) perpetúa la necesidad de proporcionar explicaciones que permitan al consumidor elegir el producto crediticio mejor adaptado a sus necesidades y situación financiera y, si fuera preciso, aclararle la información precontractual, las características del producto propuesto, los servicios asociados, las obligaciones asumidas y los riesgos en caso de impago. Naturalmente, nada asegura que el consumidor desista de su decisión de contratar aunque se le expliquen las consecuencias adversas de su decisión, porque existe una tendencia casi natural a ignorar lo que es complejo, un exagerado optimismo sobre los ingresos futuros, y un notorio desprecio a eventuales contratiempos que puedan surgir a lo largo de la larga vida del préstamo (vgr. divorcio, enfermedad, pérdida del puesto de trabajo).⁴⁴ Sin embargo, se diría que estas últimas advertencias no forman parte del deber de proporcionar explicaciones adecuadas y que esa labor sería reconducible al «asesoramiento» regulado en el art. 22 Directiva 2014/17 [cfr. art. 22 (3) letra (a)]. El Libro Blanco había considerado altamente conveniente para el consumidor «obtener consejo objetivo, basado en su propio perfil y acorde con la complejidad de los productos y los riesgos en juego», para adquirir el producto que mejor se ajustara a sus necesidades, pero también recomendaba que las entidades no estuvieran legalmente obligadas a ofrecer ese asesoramiento, ante el temor de que ello repercutiera negativamente en los precios de las hipotecas y limitara la gama de pro-

(43) Para una crítica general a ese modelo de protección al consumidor en el contexto financiero, Atamer, «Duty...», en Grundmann – Atamer (dirs.), *Financial Services...*, pp. 188-189; Köndgen, J. «Policy Responses to Credit Crisis: Does the Law of Contract Provide an Answer?», en Grundmann – Atamer (eds.), *Financial Services...*, [pp. 35-59], pp. 47-49. A propósito de la Directiva 2014/17, Zapf, B. «Die Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU – Am Ziel einer langen Reise?», *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2016, 3, [pp. 656-686], pp. 657-658, 664-675.

(44) Atamer, «Duty...», en Grundmann – Atamer (dirs.), *Financial...*, pp. 184-185; Domurath, «A Map...», en Micklitz – Domurath (eds.), *Consumer Debt...*, p. 160. Con detalle, Ramsay, «From Truth...», en Howells *et al.* (eds.), *Information Rights...*, pp. 52 ss. Sobre la racionalidad imperfecta de los prestatarios, en el contexto de las hipotecas *subprime*, Bar-Gill, O. «The Law, Economics and Psychology of Subprime Mortgage Contracts», *Cornell Law Review*, 2009, 94, [págs. 1073-1151], esp. 1119 ss.

ductos a disposición del consumidor.⁴⁵ Seguramente por eso, la Directiva 2014/17 no lo hace obligatorio, ni para la entidad ni para terceros independientes. Es claro que si lo proporciona el prestamista (o intermediario vinculado) solo deberá tener en cuenta su propia gama de productos [art. 22 (3) letra (b)].⁴⁶ Es más, se diría que el asesoramiento está implícito cada vez que el prestamista establece qué crédito conviene a los intereses del prestatario tras haber valorado su capacidad de devolución.

El anteproyecto de ley español de transposición de la Directiva⁴⁷ deja el asesoramiento en manos de los prestamistas e intermediarios de crédito o sus representantes u otras personas autorizadas y debidamente supervisadas (art. 10),⁴⁸ pero parece que a lo largo de los siete días que dura la oferta vinculante es el notario quien deberá proporcionar explicaciones adecuadas sobre el proyecto de contrato y, en particular, sobre las cláusulas contractuales en él contenidas [art. 5 (1) letra (e), art. 6].

3.2. Desistimiento / Plazo de reflexión

Una manifestación del endeudamiento responsable es el plazo de reflexión para considerar la oferta y el derecho a desistir del contrato ya concluido [art. 14 (6) Directiva 2014/17]. Esto último ya se encontraba también en la Directiva 2008/48 (art. 14) pero si ya entonces se podía dudar de su utilidad, con mayor motivo es así en el contexto de las operaciones con bienes inmuebles y, de hecho, así parece reconocerlo

(45) Libro Blanco, p. 9. De acuerdo, Zapf, «Die Wohnimmobilienkreditrichtlinie...», p. 680. Sobre el posible conflicto de intereses, *vid.* Public Consultation on Responsible Lending and Borrowing in the EU (Brussels, 15.06.2009), p. 8, pp. 13-14. Contrario a convertir al prestamista en un gestor de los negocios del consumidor, Piekenbrock, A. «Die geplante Umsetzung der Wohnimmobilienkreditvertragsrichtlinie», *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 2015, 1, [pp. 26-36], p. 35.

(46) La cuestión ha sido objeto de detallado análisis en el Reino Unido. *Vid.* Financial Services Authority, Mortgage Market Review: Distribution & Disclosure, Consultation Paper 10/28, Capítulo 2; Mortgage Market Review: Proposed Package of Reforms, Consultation Paper 11/31, Diciembre 2011, epígrafes 5.46-5.53, donde se explica que la regla general es que «an intermediary must always assess whether a mortgage is appropriate for the consumer based on the consumer's particular needs and circumstances» (epígrafe 5.52). Luego, Mortgage Conduct of Business Rules (MCOB) 4.7A [advised sales] y 4.8A [execution-only sales].

(47) Sigo el borrador de anteproyecto de ley fechado en 17 de marzo de 2017, que consulto gracias a la amabilidad del Prof. Fernando Gómez (UPF), que es también el que ha servido de base al Consejo General del Poder Judicial para elaborar su informe (este último consultable en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-Reguladora-de-los-Contratos-de-Credito-Inmobiliario>) (fecha de la última consulta: 19.07.2017). Un breve repaso a su contenido, en Arroyo Amayuelas, E. «Mortgage Credit in Spain», *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017, 3, pp. 132-135; Carrasco Perera A. «Examen y Crítica del Anteproyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario», en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/index.php/es/conocimiento/analisis/item/2741-examen-y-cr%C3%A9dito-del-anteproyecto-de-ley-de-contratos-de-cr%C3%A9dito-inmobiliario>) (última consulta: 19.07.2017).

(48) El precepto transpone incorrectamente el art. 22 Directiva 2014/17, entre otras razones porque no contempla la posibilidad de que el prestador del servicio informe al consumidor sobre el conjunto de productos que va a tomar en consideración. En todo caso, la regulación de este servicio queda, en su mayor parte, relegada al cumplimiento de unos requisitos que deberá establecer el Gobierno (art. 10.5).

también el legislador europeo cuando admite que, en aras de la seguridad jurídica, los Estados miembros son libres de establecer que ese derecho no tenga aplicación si el consumidor ya ha adquirido la propiedad (Considerando 23).⁴⁹ En la configuración que le da Directiva, tampoco parece que el plazo de reflexión vaya a proporcionar mejores resultados a la hora de prevenir el sobreendeudamiento, porque no prohíbe a los consumidores aceptar la oferta durante ese periodo: todo lo contrario, la Directiva permite renunciar al plazo [art. 14 (6) letra (b)] y, de acuerdo con ella, así lo han previsto también algunos Estados miembros, como Bélgica⁵⁰, Reino Unido⁵¹, Italia⁵² o los Países Bajos.⁵³ Es una solución que genera cierta contrariedad porque se diría que la rapidez en el acceso al dinero es incompatible con la finalidad perseguida con la medida, que es que los consumidores puedan buscar asesoramiento antes de concluir el contrato.⁵⁴ Aunque esa es, precisamente, la idea que subyace en el anteproyecto de ley español de transposición de la Directiva 2014/17, de marzo de 2017 [art. 5 (1) letra (e), art. 6 (1)], desgraciadamente no queda muy claro si podrá formalizarse el contrato en los 7 días previstos en el art. 5 (1) [vid. art. 6 (2) letra (b)]. El camino intermedio, sugerido por el art. 14 (6) Directiva 2014/17, según el cual no es posible aceptar la oferta durante un lapso de tiempo que no supere los primeros diez días del período de reflexión, es el seguido en Francia, donde se establece un periodo de vinculación de la oferta de 30 días;⁵⁵ también, pero más restrictivamente, en Grecia, porque allí el plazo de reflexión es de 10 días, pero transcurridos los 5 primeros los consumidores ya pueden concluir el contrato.⁵⁶

3.3. La comprensión hacia el deudor

La Directiva 2014/17 introduce por primera vez disposiciones sobre la razonable tolerancia que deben demostrar los acreedores, con el fin de reducir el número de desahucios y/o paliar los efectos del retraso en el pago y las ejecuciones (art. 28).⁵⁷ La filosofía es que es mejor ajustar las condiciones del crédito que dar por resuelto el contrato y, por consiguiente, es preciso luchar contra un vencimiento anticipado del préstamo

(49) Esas y otras consideraciones, Arroyo Amayuelas, «La Directiva 2014/17....», p. 23.

(50) Art. VII.127 (3) Code de Droit économique.

(51) Mortgage Conduct of Business Rules (MCOB) 6A.3.4 R (2) (b).

(52) Art. 120-*novies* (3) Testo Unico Bancario (TUB).

(53) Vid. Milo, M. «The Impact of the Mortgage Credit Directive 2017/14 in the Netherlands», EU Private Law Jean Monnet Working Paper, 2017, 5, p. 20. Disponible en: (http://www.ub.edu/jeanmonnet_dretprivateuropeu/en/publicacions_en.html).

(54) Por el contrario, vid. Zapf, «Die Wohnimmobilienkreditrichtlinie....», p. 681.

(55) Art. L. 313-34 (2) Code de la Consommation.

(56) Kaprou, E. «Mortgage Credit in Greece», *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017, 3, [pp. 135-138], p. 137; Moraitis, A. «The Impact of the Mortgage Credit Directive 2014/17 in Greece», *EU Private Law Jean Monnet Working Paper*, 2017, 2, p. 18, disponible en: http://www.ub.edu/jeanmonnet_dretprivateuropeu/en/publicacions_en.html.

(57) See Comisión Staff Working Paper «National measures and practices to avoid foreclosures procedures for residential mortgage loans» accompanying document to the Proposal for a Directive on credit agreements relating to residential property, Brussels, 31.03.2011 (SEC (2011) 357 final).

que puede llevar a una ejecución prematura de la garantía. Por otro lado, las cargas deberían limitarse a lo necesario para cubrir el coste real del impago y lo justo sería que los intereses a satisfacer equivalieran a lo que al prestamista le costara la refinanciación, más los gastos administrativos, si bien la Directiva 2014/17 permite imponer unos intereses moratorios superiores, de acuerdo con el límite previsto por el legislador nacional.⁵⁸ Parece que fue precisamente la experiencia española la que animó al Parlamento europeo a introducir las medidas dispuestas en el art. 28 de la Directiva 2014/17 y, en particular, la posibilidad de que los Estados miembros reconocieran la *datio in solutum* voluntaria con el fin de extinguir la deuda.⁵⁹ Poco tiempo después, el mismo Parlamento europeo llamaría la atención sobre las escandalosas consecuencias del sobreendeudamiento y las ejecuciones en España y alertaría también de la desconfianza que le merecía la adopción de un código de conducta voluntario para paliar los efectos de la crisis.⁶⁰

Como se sabe, algunas de las medidas adoptadas en España entre los años 2011-2015 han consistido en el incremento de los ingresos mínimos inembargables, la reducción de la deuda, el alargamiento de los plazos de devolución, la imposición de un *fresh start* en caso de concurso, o la dación en pago, a veces acompañada del alquiler de la misma vivienda al deudor.⁶¹ No puede olvidarse tampoco que esas medidas, cuya eficacia ha sido más bien limitada, han ido acompañadas de un buen número de sentencias del TJUE que han juzgado la abusividad de algunas cláusulas del préstamo, que es materia sobre la que la Directiva 2014/17 guarda silencio.⁶²

Los art. 28.2 y 3 Directiva 2014/17 brindaban al legislador español la oportunidad de establecer legalmente un límite al interés moratorio en créditos hipotecarios más bajo que el establecido en el art. 114.3 LH, además de permitirle generalizar la regla a los créditos al consumo. En lugar de eso, y sin explicar por qué, el citado art. 16 del anteproyecto de ley de transposición de la Directiva 2014/17, que se refiriere exclusivamente a los intereses moratorios del crédito hipotecario (aunque ya no necesariamente a créditos otorgados para adquirir la vivienda), no solo mantiene todavía

(58) Vid. Reifner, «European Coalition...», en Twigg-Flesner *et al.* (eds.), *The Yearbook ...*, p. 424.

(59) Ramsay, I. «Two Cheers for Europe: Austerity, Mortgage Foreclosures and Personal Insolvency», en Micklitz – Domurath (eds.), *Consumer Debt ...*, [pp. 189-227], pp. 217.

(60) Resolución del Parlamento europeo «Mortgage legislation and risky financial instruments in the EU: the case of Spain» de 8 de octubre de 2015 (P8_TA-PROV(2015)0347). Antes, Human Rights Watch, «Shattered Dreams: Impact of Spain's Housing Crisis on Vulnerable Groups», May 2014 (<https://www.hrw.org/report/2014/05/27/shattered-dreams/impact-spains-housing-crisis-vulnerable-groups>).

(61) Sobre el particular, Simón Moreno – Anderson, «The Impact...», Part III; Gutiérrez de Cabiades, P. – Cantero Gamito, M. «Country Report Spain», en Micklitz – Domurath (eds.), *Consumer Debt...*, [pp. 67-83], pp. 73 ss.; Núñez Iglesias, A. (dir.), *La protección del deudor hipotecario*, Granada, Comares, 2014. El Real Decreto Ley 5/2017, de 17.03.2017 (BOE núm. 66, 18.03.2017), establece nuevas medidas anti-desahucio.

(62) Simón Moreno – Anderson, «The Impact...», pp. 8 ss; Castillo Martínez, C. *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizados con hipoteca*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 110 ss.

que ese interés debe ser de tres veces el interés legal del dinero vigente a lo largo del periodo en que el préstamo resulte exigible, sino que establece una norma imperativa, que no admite pacto en contrario, ni siquiera para favorecer más al deudor [art. 16 (2)].⁶³ El legislador parece entender que prescindir del juicio de abusividad en el caso concreto –juicio que ha venido siendo exigido por el TJUE al amparo del vigente art. 114 LH⁶⁴–, garantiza el necesario equilibrio económico y financiero entre las partes (EM II, 10). Sin embargo, más bien lo evidente es el desequilibrio en favor del acreedor, siquiera sea a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que declara abusivos los intereses que superen en dos puntos a los remuneratorios en préstamos hipotecarios con consumidores que, como se sabe, hoy por hoy son muy bajos. Con esa fórmula, los intereses moratorios se situarían claramente muy por debajo de los actualmente previstos en el anteproyecto de ley de marzo de 2017 que, por consiguiente, ahora adquieren un claro matiz punitivo.⁶⁵

El nuevo art. 16 (y también el nuevo art. 114 LH) parece ampararse en el art. 1 (2) Directiva 93/13, que permite excluir del control de abusividad las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas,⁶⁶ pero no hay que olvidar que la razón por la cual este precepto obliga a respetar el Derecho nacional es que el legislador europeo da por supuesto que este último es conforme con el Derecho europeo.⁶⁷ No debería, pues, excluirse el control, en contratos con consumidores, si lo único que se pretende es defraudar la jurisprudencia que, hasta la fecha, y a la vista de todas las circunstancias, permitía declarar abusiva una cláusula que contemplara un interés moratorio en cuantía superior, inferior, o equivalente a tres veces el interés legal, precisamente con la finalidad de procurar el equilibrio entre los intereses de los contratantes, tal como ordena la Directiva 93/13. Sencillamente, se impone una interpretación de la cláusula de conformidad con el Derecho europeo, y eso exigiría

(63) Otro anteproyecto que circula en la red no tiene exacto contenido al que yo consulto, por lo menos en lo que respecta a la redacción del art. 16. Según esta versión, que facilita la *Revista del Mercado Financiero*, y que comenta Fernando Zunzunegui, son 3 veces el interés legal del dinero incrementados en dos puntos porcentuales (pero la redacción del art. 114 LH no coincide). Vid. <http://www.rdmf.es/2017/04/diez-novedades-del-anteproyecto-de-ley-de-contratos-de-credito-inmobiliario/> (fecha de la última consulta: 19.07.2017).

(64) Como se sabe, el TJUE entiende que el límite legal cuantitativo no es necesariamente un criterio determinante de la falta de abusividad de la cláusula. Vid. Auto TJUE C-602/13, de 11.06.2015 (TJCE 2015, 224), *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* (§ 42); Auto TJUE C-613/15, de 17 de marzo de 2016 (TJCE 2016, 121), *Ibercaja* (§ 33).

(65) Vid. el Informe del Consejo General del Poder Judicial, esp. §§ 188-189, 191.

(66) De acuerdo con el art. 1 (2) Directiva 93/13: «[L]as cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva». Vid. también Considerandos 13, 14, 16. Sobre la interpretación del art. 1 (2) Directiva 93/13, vid. STJUE C-92/11, de 21.03.2013 (TJCE 2013, 93), *RWE Vertrieb* y, en la doctrina, Micklitz, H. W. «Unfair Terms in Consumer Contracts», en Micklitz H. W. et al. *EU Consumer Law*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014, 2a ed., [pp. 125-164], pp. 136-138.

(67) Vid. STJUE C-92/11, de 21.03.2013 (TJCE 2013, 93), *RWE Vertrieb*, § 28.

restringir los efectos del art. 16 del anteproyecto (y del nuevo art. 114 LH redactado con idéntico contenido) a contratos en los que las personas físicas deudoras no fueran consumidores. En definitiva, en este último tipo de contratos, la cláusula que reprodujera el contenido de esos preceptos sería perfectamente lícita, pero no podría escapar al control de abusividad; por consiguiente, la tarea del legislador se revelaría misión imposible.⁶⁸ Otra cosa es que, al final, los acreedores acaben por no incluir cláusula alguna sobre intereses moratorios en los contratos, sabedores de que cualquiera de esos preceptos se aplicaría necesariamente con carácter supletorio.

IV. EN PARTICULAR, EL DEBER DE EVALUAR EL MÉRITO CREDITICIO DEL CONSUMIDOR

Mucho antes de la promulgación de cualquier directiva europea ya existían ordenamientos jurídicos que prohibían conceder crédito si la solvencia del eventual prestatario no era positiva (vgr: Bélgica,⁶⁹ Países Bajos⁷⁰); otros, en cambio, solo imponían al prestamista el deber de advertir sobre el riesgo de sobreendeudamiento, sin duda con el fin de procurar que este se negara a conceder un crédito que excedía de la capacidad de devolución del prestatario, pero sin que eso fuera necesariamente una obligación. Esa era la regla desarrollada en Francia por la jurisprudencia que, con todo, solo era de aplicación a consumidores poco informados.⁷¹ En Alemania, por el contrario, ese límite no existía y se consideraba al prestatario responsable de sus propios actos.⁷²

El deber de evaluar la solvencia se reconoció por primera vez en la Directiva 2008/48 (art. 8, Considerando 26), aunque es el art. 4.17 Directiva 2014/17 el que luego explicaría que ese deber consiste en «la evaluación de las perspectivas de cum-

(68) Llega a esa conclusión, aunque por la vía de considerar que la nueva redacción del art. 114 LH y la actual son prácticamente idénticas (si bien el actual art. 114 LH no es Derecho supletorio), Carrasco Perera, «Examen y Crítica...», p. 7. De otro parecer, el citado Informe del Consejo General del Poder Judicial, § 187.

(69) Rott – Terryn – Twigg-Flesner, «Kreditwürdigkeitsprüfung...», p. 164. La redacción del art. 15 (2) de la *Loi sur le crédit à la consommation*, de acuerdo con la reforma de 13 de junio de 2010, tras la transposición de la Directiva 2008/48, era como sigue: «[L]e prêteur ne peut conclure de contrat de crédit que si, compte tenu des informations dont il dispose ou devrait disposer, notamment sur la base de la consultation organisée par l'article 9 de la loi du 10 août 2001 relative à la Centrale des crédits aux particuliers, et sur la base des renseignements visés à l'article 10, il doit raisonnablement estimer que le consommateur sera à même de respecter les obligations découlant du contrat.» Tras la transposición de la Directiva 2014/17, *vid.* ahora arts. VII-77 (2) y VII-133 (3) del Code de Droit économique.

(70) Art. 4:34 Act of 28 September 2006, on rules regarding the financial markets and their supervision (Act on Financial Supervision). Sobre el tema, Mak, V., «What is Responsible Lending? The EU Consumer Mortgage Credit Directive in the UK and the Netherlands», *Journal of Consumer Policy*, 2015, 38, [pp. 411-430], pp. 422-423; Braspenning, «Mortgage credit...», pp. 181-182.

(71) Rott – Terryn – Twigg-Flesner, «Kreditwürdigkeitsprüfung...», p. 164; Köndgen, «Policy...», en Grundmann – Atamer (eds.), *Financial Services...*, p. 52; con detalle, Benedict, J. «Responsible Lending. – Das europäische Vertragsrecht zwischen caveat emptor und caveat creditor!», *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2008, 2, [pp. 394-410], pp. 408 ss.

(72) *Vid.* Hofmann, Ch. «Die Pflicht zur Bewertung der kreditwürdigkeit», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2010, 25 [pp. 1782-1786], pp. 1783-1784, notas 2, 12.

plimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de crédito».

En la línea de algunos de esos ordenamientos jurídicos mencionados, la Directiva 2008/48 tampoco obliga al prestamista a denegar el crédito cuando el prestatario no ofrece la adecuada solvencia. A algunos autores les parece lo contrario, a partir de lo que deducen del Considerando 26,⁷³ pero, por lo general, existe acuerdo a la hora de interpretar la norma en el sentido de que el prestamista solo tiene el deber de advertir del riesgo y dejar que sea el prestatario quien tome la decisión de contratar.⁷⁴ Así lo previeron también algunos Estados miembros a la hora de transponer la norma.⁷⁵ Seguramente por eso, al poco de promulgarse la Directiva 2008/48, el Parlamento europeo se vio obligado a recomendar que no se diera crédito, al consumo o hipotecario, cuando no se hubiera demostrado la solvencia del consumidor y, en su caso, se hubiere ofrecido una garantía adecuada.⁷⁶ De hecho, eso mismo vendría a decir luego la STJUE C-449/13, de 27.03.2014 (TJCE 2014, 126), *Consumer Finance*, al afirmar que esa obligación (analizar la solvencia) pretende responsabilizar a los prestamistas y evitar la concesión de préstamos a consumidores insolventes (§§ 35, 43).

El control de solvencia no era un deber legal impuesto por Europa a los prestamistas antes de la concesión de créditos hipotecarios, porque a este tipo de créditos no se refería la Directiva 2008/48, pero es de suponer que su análisis individual, cuando no fuera ya obligatorio en algunos Estados miembros, debía reputarse parte de la praxis bancaria habitual. Sin embargo, se ha podido constatar que existían bastantes incentivos para no llevarlo a cabo: una mayor rapidez en la concesión de créditos, con el consiguiente ahorro de costes y de clientes; la percepción del salario vinculado al

(73) Así, en Italia, De Cristofaro, G. «La nuova disciplina comunitaria del crédito al consumo: La direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"», *Rivista di Diritto Civile*, 2008, 3, [pp. 255-302], p. 274. Matiza esa idea, Francisetti Brolin, M. «L'art. 124-bis del TUB e gli incerti riflessi civilistici del c.d. «merito crediticio» nel credito al consumo: dalla culpa in contrahendo al vizi del volere», *Contratto e Impresa/Europa*, 2014, 2, [pp. 541-580], pp. 559-560.

(74) Grundmann, S. – Hofmann, Ch. «EC Financial Services and Contract Law – Developments 2007-2010», *European Review of Contract Law*, 2010, 4, [pp. 467-484], p. 481; Rott, P. «Consumer Credit» en H. W. Micklitz et al. *EU Consumer Law ...*, [pp. 197-238], p. 220; Mak, V. – Braspenning, J. «Errare humanum est: Financial Literacy in European Consumer Credit Law», *Journal of Consumer Policy*, 2012, 3, [pp. 307-332], p. 327.

(75) En Alemania, Hofmann, «Die Pflicht...», pp. 1785-1786. En Austria, § 7 (2) DaKRÄG (Darlehens-und Kreditrechts-Änderungsgesetz) y Zöchling-Jud, B. § 7 VKrG, en Wendehorst, Ch. – Zöchling-Jud, B. *Verbraucherkreditrecht*, Wien, Manz, 2010, Rn. 28-29. En general, Köndgen, «Policy...», en Grundmann – Atamer (eds.), *Financial Services...*, pp. 51-52, y allí referencias a otros ordenamientos. En España se ha defendido que el consumidor solo excepcionalmente pueda anular el contrato cuando la entidad crediticia haya ocultado dolosamente información esencial sobre la capacidad de devolución del deudor, *vid.* De la Peña, L. – López-Frías, J. «Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2013, 130, [pp. 47-78], pp. 68-69, 77.

(76) Opinion of the Committee on Economic and Monetary Affairs (8.6.2012).

número de créditos concedidos; la frecuencia con la que se transfería el riesgo a un tercero; o la seguridad de contar con la ejecución del inmueble⁷⁷.

Tal laxitud ha comportado un incremento de los gastos vinculados a la reclamación, ha perjudicado enormemente no solo al propio deudor, sino también a terceros garantes y adquirentes posteriores del crédito y, finalmente, ha dado lugar a rescates financieros millonarios, en países como Irlanda, Grecia, Chipre, Portugal y España. Seguramente por eso, la Directiva 2014/17 obliga a la evaluación del mérito crediticio «en profundidad» [art. 18 (1)] y regula esa cuestión con cierto detalle en los arts. 18–20. La evaluación es preceptiva antes de la conclusión del contrato (Considerando 55); debe realizarse con anterioridad al suministro de información personalizada por parte del prestamista, puesto que esta última necesariamente debe tener en cuenta el crédito que se ajuste a sus necesidades [art. 14.1 letra (a)]⁷⁸ y, como regla general, debe volverse a repetir siempre que se pretenda realizar cualquier aumento significativo del crédito [art. 18 (6)].

1. ¿Cómo evaluar las perspectivas de cumplimiento?

La Directiva 2014/17 relega a los Estados miembros la determinación de los factores que deben servir para comprobar las perspectivas de cumplimiento del consumidor [art. 18 (1)], esto es, la devolución del capital y los intereses, pero en todo caso impide que se tenga en cuenta predominantemente la hipotética revalorización del inmueble que sirve de garantía [salvo excepciones, esto es, que el préstamo tenga por objeto su construcción o renovación, art. 18 (3)]. Por eso mismo, tampoco se podrá contar con la capacidad de reembolso del fiador a la hora de analizar la del deudor,⁷⁹ sin perjuicio de la oportunidad de analizar aquella, ante la eventualidad de que sea el fiador quien deba responder de la deuda, aunque esto es algo a lo que, con razón, ninguna directiva se refiere, porque el contrato de fianza no es un contrato de crédito.⁸⁰ Sin embargo, el fiador es un deudor (subsidiario o solidario) que está expuesto a la acción del prestamista igual que el deudor principal.⁸¹ Por eso, algunos ordenamientos

(77) Public Consultation on Responsible Lending and Borrowing in the EU (Brussels, 15.06.2009), pp. 7-8. *Vid.* Considerando 57 Directiva 2014/17.

(78) De esta opinión, Rott, P. «Die neue Immobiliarkredit-Richtlinie 2014/17 und ihre Auswirkungen auf das Deutsche Recht», *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, 2015, 8, [pp. 9-14], p. 10. Secuencia temporal que no se deducía del articulado de la Directiva 2008/48, tal y como tuvo ocasión de señalar la STJUE C-449/13, de 27.03.2014 (TJCE 2014, 126), *Consumer Finance*, sin perjuicio de que un análisis de la solvencia posterior obligara a adaptar las explicaciones ya facilitadas con anterioridad (§§ 45, 49).

(79) El Considerando 57 es claro en este sentido. A propósito del crédito al consumo, *vid.* Simionato, A. «Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella Direttiva 2008/48», en De Cristofaro, G. (ed.), *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, Torino, Giappichelli, 2009, [pp. 183-193], p. 186.

(80) En otro contexto, *vid.* STJUE C-45/96, de 17.03.1998 (TJCE 1998, 52), *Edgar Dietzinger*.

(81) Con un razonamiento que prescinde de la accesoriedad, al efecto de aplicar la Directiva 93/13, el Auto TJUE C-74/15, de 19.11.2015 (TJCE 2015, 386), *Tarcău*, abre la puerta a que el fiador no profesional esté tan protegido como lo está el consumidor.

jurídicos se refieren expresamente al control de solvencia del fiador (vgr. Bélgica⁸² y Reino Unido⁸³). Eso mismo cabe deducir del anteproyecto de ley español de transposición de la Directiva, cuyas disposiciones protegen tanto a deudores, como a fiadores y garantes (art. 1), y ya antes la doctrina se había mostrado naturalmente conforme con ese proceder.⁸⁴

La norma no impone límites a la cantidad prestada en relación con el valor del inmueble, ni es contraria a que los Estados miembros establezcan un límite a la cantidad que pueda prestarse sobre la base de «x» veces el salario, como es práctica habitual en el Reino Unido. Esa sería una orientación adicional que no debe impedir que antes se hayan valorado los ingresos y gastos y otras circunstancias financieras y económicas del consumidor [Considerando 55, art. 20 (1)].⁸⁵ No se detalla qué información es necesaria y solo se indica que debe ser suficiente y proporcionada. Seguramente será preciso conocer tanto el tipo como la duración del empleo del consumidor, la cuantía y composición de su patrimonio, así como la fuente de ingresos, esto es, si son o no dependientes de un trabajo asalariado y si este es fijo o temporal, o si, además o, en su caso, proceden de arrendamientos (expresamente aludidos en el Considerando 56 aunque solo en relación con las hipotecas en préstamos *buy-to-let*), de inversiones, o de subsidios o ayudas familiares; además, sería necesario saber cuántas personas, menores o adultos, dependen de la economía de quien solicita el préstamo, así como la cuantía y tipo de gastos regulares (mantenimiento del automóvil, seguros, alimentos, pago de arrendamiento u otros gastos asociados al mantenimiento del inmueble, prestaciones de la seguridad social, cuentas de ahorro, impuestos, etc.).⁸⁶ El Considerando 55 sugiere que los cálculos se realicen previendo los ajustes necesarios, no solo en relación con una posible disminución de ingresos, sino también sobre la base de la simulación de una probable variación de los tipos de interés durante un determinado periodo de tiempo.⁸⁷

(82) Code de Droit économique, arts. VII.69 (1), VII.77 (1) (crédito al consumo), VII.126 (1), VII.133 (1) (crédito hipotecario).

(83) En relación con el crédito hipotecario, Mortgage Conduct of Business Rules (MCOB) 11.6.2 (1).

(84) Recientemente, Gálvez Criado, A. «Los terceros garantes en los préstamos hipotecarios con consumidores: deberes de información y de evaluación de la solvencia», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2016, 14, [pp. 15-52], p. 31; favorable, introduce matices, Díez Alabart, S. «Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia», en Díez Alabart, S. – Represa Polo, P. (eds.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17)*, Reus, Madrid, [pp. 223-276], pp. 233-234.

(85) Vid. en el Reino Unido, el Mortgage Conduct of Business Rules (MCOB) 11.6.5R y 11.6.7G.

(86) Consideraba necesario que una norma recogiera el deber del consumidor de proporcionar todos esos extremos, como plasmación concreta del «responsible borrowing», la posición común de la Asociación alemana de compañías aseguradoras. Vid. «Stellungnahme des Gesamtverbands der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. zum Konsultationspapier der EU-Kommission "Verantwortliche Kreditvergabe und Kreditaufnahme in der EU"», Berlin, 27.09.2008, pp. 7-8 (disponible en: circabc.europa.eu).

(87) Vid. en el Reino Unido, el Mortgage Conduct of Business Rules (MCOB) 11.6.5R (3) y (4).

En la evaluación de las perspectivas de cumplimiento del deudor pueden ser suficientes los conocimientos que el prestamista ya tenga del cliente pero, por lo general, las entidades financieras han sustituido la intervención humana por el desarrollo de sofisticados sistemas automatizados de evaluación del riesgo (*scorings*) –evaluación automática a la que alude el art. 18 (5) letra (c)– llevados a cabo por agencias especializadas en la evaluación de clientes (*ratings*), que gestionan los datos que expresan el comportamiento de pago de los clientes; sin embargo, las entidades bancarias también pueden recurrir a registros públicos [art. 9 Dir. 2008/48; art. 18 (5) letra (b), art. 21 Dir. 2014/17]. Con todo, ninguna directiva impone como obligatoria la consulta de ficheros o bases de datos de solvencia y ni siquiera establece criterios para el registro de créditos (*vgr.* umbrales de registro o términos que deben utilizarse).⁸⁸

2. Entre la libertad y la prohibición de contratar

Una diferencia esencial entre la Directiva 2008/48 y la Directiva 2014/17 es la prohibición que impone esta última de otorgar crédito al consumidor cuya evaluación de solvencia arroje un resultado negativo. Es así, aunque el art. 18 (5) letra (a) no lo exprese de forma tan contundente como el art. 14.2 letra (a) de la Propuesta de 2011.⁸⁹ La transposición de la norma ha obligado a los Estados miembros a recoger esa prohi-

(88) Por el contrario, *vid.* art. 16 (2) de la Propuesta de Directiva de 2011, suprimido en el Parlamento (enmienda 82).

(89) Advierte del cambio y sugiere que la prohibición de otorgar crédito no es evidente, Schäfer, «Wohnimmobilienkreditrichtlinie...», p. 210; Simon, R. «Transposition of the Mortgage Credit Directive into Hungarian and Czech Law – The Problem of Credit Intermediaries», *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017, 3, [pp. 106-112], p. 107. En España, vacilan, nasarre aznar, S. – Simón Moreno, H. «Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: La Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 20/2014», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2015, 139, [pp. 11-55], pp. 13, 16, 19. Otros autores afirman que la prohibición no existe, pero hacen pechar al prestamista con las consecuencias de otorgarlo de forma irresponsable. Así, Cuenca Casas, M. «El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar», en Prats Albentosa, L. – Cuenca Casas, M. (coords.), *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2014, [pp. 27-89], p. 77, a quien sigue Luquin Bergareche, R. *El crédito al consumo en el contexto de crisis: Impacto normativo y tutela del consumidor*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson, 2015, pp. 300-301. En Italia, Pagliantini, S. «Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)», *Contratto e impresa/Europa*, 2014, 2, [pp. 523-540], p. 537. Sin embargo, el sentido general expresado por la doctrina en Europa es el que se refleja *supra* en el texto. *Vid.* entre muchos, Domurath, «A Map...», en Micklitz – Domurath (eds.), *Consumer...*, p. 168; Simón Moreno – Anderson, «The Impact...», pp. 36 ss.; Comparato, «The Design...», en Micklitz – Domurath (eds.), *Consumer...*, p. 19; Kalamees, P. – Lilleholt, K. – Sein, K. «Responsible Lending in Estonian and Norwegian Law», *Journal of European Consumer and Market Law*, 2014, 1, [pp. 29-38], p. 35; Mak, «What is responsible lending...», p. 426; Díez García, H. «La Directiva 2014/17, de 4 de febrero, sobre contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y su transposición en nuestro derecho interno», Consejo General del Poder Judicial (ed.), *Ejecución civil: especial referencia a la ejecución hipotecaria*, Cuadernos Digitales de Formación, Madrid, 2016, 33, [pp. 232-328], p. 255.

bición expresamente en sus ordenamientos jurídicos (vgr. Francia,⁹⁰ Reino Unido⁹¹). En otros, por el contrario, la prohibición no es explícita (Italia⁹²) y aun los hay, como España, donde todavía se afirma que «la evaluación de la solvencia se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación [...] y en ningún caso [...] implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes».⁹³ Ya finalizado el plazo de transposición de la Directiva 2014/17 sin haberse promulgado la correspondiente norma, está claro que la interpretación del Derecho español de conformidad con el europeo exige entender esa libertad únicamente en el sentido de que, aunque la evaluación de la solvencia arroje un resultado positivo, eso no debe comportar para el prestamista la obligación de conceder el crédito (Considerando 57). Por lo demás, no tendría sentido que los cambios normativos solo se proyectaran sobre el crédito hipotecario, aunque, desgraciadamente, esa es la perspectiva adoptada por el legislador catalán.⁹⁴ Con mejor criterio, el legislador francés,⁹⁵ belga,⁹⁶ o alemán⁹⁷ extienden la prohibición al crédito al consumo. En Alemania, el crédito inmobiliario solo se puede otorgar si «la devolución es probable» y el crédito al consumo solo si «no existen dudas sustanciales». La sutil distinción, quizás difícil de llevar a la práctica, evidencia que también son más estrictos los controles para analizar la solvencia en el crédito inmobiliario o, dicho de otra manera, que a otra conclusión no podría llegar el prestamista de un crédito al consumo, a la vista del limitado deber de control que le impone la Directiva 2008/48, lo que, acaso, podría justificarse en lo

(90) Code de la Consommation, art. L 313-16 (1). Sin embargo, advierte que esa no es una conclusión segura, Aubry, H. «Mortgage credit in France», *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017, 4, [pp. 173-176], p. 175.

(91) Mortgage and Home Finance Conduct of Business Handbook (MCOB) 11.6.2R (1) (b).

(92) Art. 120-*undecies* Testo Único Bancario (TUB).

(93) Eso lo afirmaba el art. 29 (2) final L. 2/2011, de 4 de marzo, de *Economía Sostenible*, que fue derogada por la Disposición Derogatoria letra (f) de la L. 10/2014, de 26 de junio de *ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito* (BOE n. 156, 27.06.2014), y lo afirma todavía hoy el art. 18 (6) Orden EHA 2899/2011 de 28 de octubre, de *transparencia y protección del cliente de servicios bancarios* (BOE n. 261, 29.10.2011), a la que remite la Norma Duodécima, 3 final, de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, sobre *transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos* (BOE n. 161, 6.07.2012). De acuerdo con el sistema y crítica, por ello, con la Directiva, Muñiz Espada, E. *El deterioro del mercado hipotecario y la necesidad de su reconstrucción. Aportaciones desde el Derecho europeo*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 124-125. Sorprendentemente, el anteproyecto de ley español de transposición de la Directiva 2014/17, no regula este extremo.

(94) Vid. art. 263-2 (4) Codi de Consum. El precepto tiene la aplicación suspendida por la Provisión del Tribunal Constitucional de 6.10.2015 (recurso de inconstitucionalidad 5459-2015) (JUR 2015, 239027). El art. 252-9 letra (b) Codi de Consum extiende la prohibición a la contratación de servicios financieros de inversión, cuando el test de solvencia es negativo. En Andalucía, el art. 13 (3) L. 3/2016, solo impide al prestamista otorgar crédito cuando el solicitante del mismo o el fiador se nieguen a facilitar la información necesaria.

(95) Code la Consommation, art. 312-16 (crédito al consumo) y art. 313-16 (crédito inmobiliario).

(96) Code de Droit économique, art. VII.77 (2) (crédito al consumo) y art. VII.133 (2) (crédito hipotecario).

(97) § 505a (1) II BGB.

poco elevado de las sumas a devolver por regla general [*cfr.* § 505b (2) y (3) y § 505b (1) BGB].⁹⁸

Desde luego, la prohibición interfiere en la autonomía privada: condiciona los criterios de los prestamistas para elegir a sus potenciales clientes y para poner en práctica sus estrategias comerciales y también condiciona la elección del crédito por parte del consumidor. Un mayor respeto por la autonomía de la voluntad hubiera exigido obligar al prestamista a informar de la falta de mérito crediticio del prestatario, pero no impedirle contratar si el consumidor, sobre la base de esa decisión informada, fuera consciente de los riesgos. Se puede pensar, además, en los efectos negativos de la prohibición: por un lado, se corre el riesgo de no responsabilizar al deudor, que puede servirse de una litigación estratégica y oportunista para denunciar el comportamiento del prestamista; por el otro, se elevan los costes del crédito para los sujetos que sí que son solventes.

Sin embargo, cualquiera de esos argumentos menosprecia el dato de que el prestamista no solo está mejor informado, sino también en mejor situación de conocer los riesgos; y que la prohibición no solo protege al consumidor de su propia miopía, sino también de la tendencia de la banca a prestar en exceso y a aprovecharse de los biases cognitivos del prestatario.⁹⁹ Si el sobreendeudamiento constituye una amenaza para la sociedad en su conjunto y, además, resulta que, por lo general, el consumidor es vulnerable, son precisas soluciones preventivas y más generales y, seguramente también, cierta dosis de paternalismo.¹⁰⁰ Por otro lado, excluir de la concesión de crédito al público con mayor perfil de riesgo, que es otro de los argumentos que frecuentemente se tienden a esgrimir en contra de la prohibición,¹⁰¹ no debería comportar mayor exclusión social de la que ya ha comportado la decisión de concederlo, tal y como ha demostrado la crisis de las hipotecas *subprime*, que ha obligado a miles de prestatarios a abandonar sus viviendas como consecuencia de la ejecución de la hipoteca por parte de los acreedores insatisfechos.¹⁰² Lo que no sería de recibo sería denegar el crédito

(98) Vid. *Referentenentwurf: Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie*, de 18.12.2014, p. 94 (http://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Umsetzung_Wohnimmobilienkreditrichtlinie.html). Schürnbrand, J. § 505a BGB, *Münchener Kommentar zum BGB*, III, München, Beck, 7. Auflage, 2017, Rn 6-7; Artz, M. § 505a BGB, en Bülow, P. – Artz, M., *Verbraucherkreditrecht*, 9.^a ed. München, Beck, 2016, Rn. 9.

(99) A este respecto, Ramsay, «Regulation...», en Howells et al. *Handbook...*, pp. 394-395. Sobre la efectividad de los *credit bureaus* para crear un mercado de subprime en United Kingdom, *vid.* Ferretti, «The Legal Framework...», p. 796.

(100) A propósito de los distintos modelos de protección, admite que no es fácil predecir cuál es mejor, porque no todos los consumidores son iguales, y reconoce que la cuestión depende mucho de los mercados locales, Mak, «The Myth...», pp. 259 ss. Mak – Braspenning, «*Errare humanum est*...», p. 327, creen que la prohibición generalizada a todo tipo de consumidores es una solución radical. También pone objeciones, Ferretti, «The Legal...», pp. 815-816.

(101) Gallego Sánchez, E. «La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento», en Prats Albentosa – Cuenca Casas (coords.), *Préstamo responsable...*, [pp. 207-242], p. 222, pp. 238-239.

(102) Comparato, «The Design...», en Micklitz – Domurath (eds.), *Consumer...*, pp. 12-14; Domurath, «A Map...», en Micklitz – Domurath (eds.), *Consumer...*, p. 168; Reifner, «European...», en Twigg-Flesner, *The Yearbook* ..., p. 426.

sobre la base de decisiones arbitrarias o injustificadas. Además, siempre es posible poner límites razonables a esa prohibición, porque la incapacidad de devolver un determinado crédito no equivale necesariamente a la incapacidad para devolver cualquier otro. Por otra parte, conviene hacer notar que la Directiva 2014/17 permite excluir de su ámbito de aplicación los créditos otorgados a un público determinado, en condiciones especiales, por bancos sociales, cooperativas o autoridades locales [art. 3 (3) letra (c)] lo cual incluye poder prescindir para esos casos de la evaluación de la solvencia.

3. Las consecuencias de la evaluación del mérito crediticio

Si el resultado de la evaluación del mérito crediticio es negativo, el prestamista debe abstenerse de conceder el crédito solicitado. Ahora bien, las consecuencias de otorgar crédito contra la prohibición corresponde determinarlas a los Estados miembros (art. 38 Dir. 2014/17). La Directiva 2014/17 solo prevé las acciones de que dispone el prestamista cuando quien no es prudente y no cumple con sus obligaciones precontractuales es el consumidor [arts. 18 (4), 20 (3) III y (4)]. Es una muestra más de que, según la Unión europea, la política del préstamo responsable no puede llevarse a cabo eficazmente si los prestatarios no se comportan de forma adecuada¹⁰³ y, en particular, si son capaces de mentir con tal de obtener crédito.¹⁰⁴ Ahora bien si, de acuerdo con el art. 20 (1) final y 20 (3) Directiva 2014/17, los datos que aporta el consumidor deben estar debidamente documentados (nóminas, declaración de la renta, certificados del saldo medio en cuentas corrientes)¹⁰⁵ y resulta que si esa información no se proporciona, o no puede verificarse, no se puede otorgar crédito [art. 20 (4)], seguramente el engaño no será fácil y, por consiguiente, constituiría una falta de diligencia del prestamista no advertirlo (*vgr.* es fácil detectar que las nóminas que se presentan corresponden a los meses en que hay paga doble), máximo cuando además resulta que la entidad debe poder pedir aclaraciones y comprobar de manera independiente lo que el consumidor le dice [art. 20 (1) y (3)], a lo que no obsta que no siempre esté obligada a ello [art. 20 (1), «si fuera necesario»].¹⁰⁶ Con todo, siempre podría pensarse en hipótesis difíciles de verificar. Así, si el consumidor le oculta que sus ingresos se verán disminuidos a causa de una pérdida de empleo que ya conoce; o no le explica todas las obligaciones que ya ha contraído; u omite detallar las cuotas pendientes de amortizar de préstamos ya concedidos por otras entidades. La comprobación de este último dato no es posible sin consultar ficheros de información sobre el historial crediticio de los clientes y pue-

(103) Public Consultation on Responsible Lending and Borrowing in the EU (Brussels, 15.06.2009), p. 3, p. 10.

(104) Public Consultation on Responsible Lending and Borrowing in the EU (Brussels, 15.06.2009), p. 10. Parece que el problema se refiere específicamente a las *self-certification mortgages*, que no exigen prueba de los ingresos, y han sido frecuentemente practicadas en USA y, en Europa, en el Reino Unido e Irlanda. *Vid.* Financial Services Authority, Mortgage Market Review: Responsible Lending, Julio 2010, §§ 2.19-2.20.

(105) Sobre la base del art. 8 Directiva 2008/48, *vid.* STJUE C-449/13, de 27.03.2014 (TJCE 2014, 126), *CA Consumer Finance* (§ 37).

(106) De nuevo, STJUE C-449/13, de 27.03.2014 (TJCE 2014, 126), *CA Consumer Finance* (§§ 38-39).

de que estos sistemas no sean iguales en todos los países (hay registros públicos [*credit registry*] y privados [*crédit bureaux*], con información positiva y/o negativa),¹⁰⁷ o que no en todos los países funcionen de forma eficaz, bien porque se excluye el registro de créditos de determinada cantidad, bien porque no existe un registro histórico de datos, bien porque no todos los prestamistas pueden acceder al mismo, bien, en fin, porque es preciso el consentimiento del prestatario para proceder al tratamiento de esos datos.¹⁰⁸

Como ya se ha indicado, la Directiva nada dice sobre qué ocurre si el prestamista da crédito sin evaluar previamente la solvencia (supuesto que hoy en día seguramente cabría considerar ya poco probable) o lo da cuando la evaluación no arroja un resultado positivo o cuando ese resultado positivo es la consecuencia de una medición manipulada del riesgo. Los tres casos son relevantes en la medida en que dan lugar al incumplimiento del prestamista, de manera que es preciso que exista una relación de causalidad para que se desencadenen las consecuencias adversas para el prestamista. La Directiva no precisa cuáles son estas; lo único que prevé el art. 18 (4) y el art. 20 (3) II es que entonces aquél no debe poder modificar o anular o rescindir el contrato (Considerando 58); en otro caso –cuando la culpa de la manipulación de los datos fuera del deudor– tal rescisión sí que sería posible [art. 20 (3) III; Considerando 58].¹⁰⁹ Siguiendo la hipótesis anterior resultaría que, a pesar del error, dolo o negligencia del prestamista, el consumidor no se vería impedido de continuar gozando del capital. Pero ¿y si no tuviera ya capacidad de devolución?

3.1. Entre el Derecho público y el privado

Puesto que muchas veces el deber de evaluar la solvencia se incorpora en normas prudenciales cuyo objeto es el control y supervisión del sistema bancario en su conjunto, se discute si su infracción, además de sanciones administrativas, también puede comportar sanciones de Derecho privado.¹¹⁰ Aquí solo se hará referencia a las

(107) Defiende la bondad de los ficheros de solvencia positivos para prevenir el sobreendeudamiento, Cuenca Casas, M. «Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2014, 20, pp. 1-33 (consulta vía smarteca); insiste de nuevo en ello en «Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito», *InDret*, 2017, 3 (www.indret.com). Por el contrario, cuestiona el rol de los *credit bureaux*, Ferretti, «The Legal...», pp. 815-817.

(108) En Hungría, *vid.*, por ejemplo, las objeciones de Fejős, A. «Mortgage Credit in Hungary», *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017, 3, [pp. 139-143], pp. 141-142.

(109) En muchos ordenamientos jurídicos se especula en esos casos con la impugnación de un contrato nulo viciado por error. Muestra de ese razonamiento es la doctrina italiana. *Vid.* Francisetti Brolin, «L'art. 124-bis del TUB...», pp. 569. Si se tratara de un contrato inmobiliario, no se ve qué ventajas reportaría esa solución frente al remedio más enérgico que permitiría declarar vencido el préstamo e iniciar el procedimiento de ejecución de la garantía.

(110) Rott, «Consumer Credit», en Micklitz *et al.* *European Consumer Law ...*, pp. 220-221; Simionato, «Prime note...», en De Cristofaro (ed.), *La nuova disciplina...*, pp. 188-192. La STJUE C-222/02, de 12.10.2004 (TJCE 2004, 375), *Peter Paul* entiende que de las normas prudenciales de supervisión del sistema bancario no se deriva un derecho a la protección individual (§§ 44, 46-47).

sanciones civiles que parecen más efectivas, sin perjuicio de que otras sean igualmente imaginables.¹¹¹

La Directiva 2014/17 sugiere que los remedios de Derecho privado solo tengan aplicación cuando quien no actúe de forma responsable sea el prestatario (Considerando 83) y parece conjurar así el riesgo de que el art. 18 (5) letra (a) no se entienda transpuesto correctamente si solo se incorpora la prohibición en normas prudenciales. Se diría entonces que, puesto que el objetivo de política jurídica de este tipo de normas es la defensa del interés público, evitar el sobreendeudamiento es en interés general del sistema financiero y, en particular, el propio de los bancos, en cuyo negocio está implícito el riesgo.¹¹² Por consiguiente, bastarían las sanciones administrativas previstas en cada caso, según la gravedad de la infracción. Estas, por lo demás, están expresamente contempladas en el art. 38 (2) Dir. 2014/17.

Sin embargo, además de la estabilidad del sistema financiero, la Directiva persigue una elevada protección de los consumidores (Considerandos 5-7, 49, 81-82). No debería plantear dudas que eso incluye el derecho individual del deudor a la evaluación del mérito crediticio y, naturalmente, deberían deducirse consecuencias civiles si ese deber fuera infringido por el prestamista. Las sanciones administrativas sirven para expulsar del mercado a los competidores desleales e impactan gravemente sobre la reputación del infractor, pero no reportan un beneficio individual o directo a al consumidor. Además, estas no siempre podrán exigirse, por ejemplo si la conducta del prestamista no es reiterada, o si la autoridad competente no tiene información suficiente para controlar la conducta del prestamista. El TJUE ya ha confirmado en dos sentencias que las sanciones civiles son posibles y necesarias,¹¹³ lo cual es una manera de incentivar a los consumidores a hacer oír su voz. Indirectamente, ello comporta una presión sobre el regulador para que este lleve a cabo un mayor control. Además, si se fuerza a los bancos a litigar, con el riesgo de salir perdiendo, probablemente estos acaben accediendo a una negociación a la que, de entrada, muchas veces se habrían negado.

El hecho de que algunos Estados miembros hayan incorporado el deber de valorar la solvencia y la prohibición de conceder crédito tanto en normas prudenciales como en los respectivos códigos civiles no es sino un claro reflejo de la polémica que ha rodeado a este tema y de la voluntad de dejar definitivamente zanjada cualquier

(111) Vid. Simón – Anderson, «The Impact...», pp. 37 ss.

(112) A propósito de la Directiva 2008/48, Grundmann, S. «EC Financial Services – Developments 2002-2005», *European Review of Contract Law*, 2005, 4, [pp. 482-494], p. 488: «[...] a behaviour which so far rather aimed at self-protection would now be imposed on banks.» Para los argumentos, con referencias a la literatura alemana, Hoffman, «Die Pflicht zur Bewertung...», p. 1783. En España, Gallego Sánchez, «La obligación...», en Prats Albentosa – Cuenca Casas (coords.), *Préstamo responsable...*, pp. 239-240.

(113) STJUE C-565/12, de 27.03.2014 (TJCE 2014, 126), *Crédit Lyonnais*; STJUE C-449/13, de 27.03.2014 (TJCE 2014, 126), *Consumer Finance*. Vid. Artz, § 505a BGB, en Bülow – Artz, *Verbraucherrecht*, Rn 5; Rank, A. – Schmidt-Kessel, M. «Mortgage Credit in Germany», *Journal of European Consumer and Market Law Review*, 2017, 4, [pp. 176-179], p. 177.

duda.¹¹⁴ El legislador español debería seguir el mismo camino, visto que la discusión sobre la eficacia civil de las normas de ordenación bancaria tampoco es ajena a la doctrina española.¹¹⁵

3.2. *Entre la pérdida y/o reducción de los intereses y, eventualmente, la del capital*

Ya se ha visto que la propuesta de Directiva sobre crédito al consumo del año 2002 [art. 31 (2)] imponía la pérdida de los intereses convencionales aunque, finalmente, el legislador rechazó incorporar esa sanción, no solo en la Directiva 2008/48, sino también en la Directiva 2014/17. Sin embargo, eso no ha impedido su adopción en otros países, como Francia¹¹⁶; en Bélgica el prestamista también puede verse privado de los intereses moratorios¹¹⁷; el ejemplo más radical, pero fuera de la Unión Europea, es Suiza, donde, en los casos más graves, el prestamista puede incluso perder el dere-

(114) Vid. Buck-Heeb, P. «Aufklärungs- und Beratungspflichten bei Kreditverträgen – Verschärfungen durch die EuGH-Resprechung und die Immobilienkredit-Richtlinie», *Bank- und Kapitalmarktrecht*, 2015, [pp. 177– 186], pp. 180 ss.; Barta, S. – Braune, U. «Schadensersatz als Rechtsfolge der unzureichenden Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers» *Bank- und Kapitalmarktrecht*, 2014, pp. 324-330.

(115) Casado Navarro, A. «La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios ante la Directiva 2014/17 reguladora de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial celebrados con consumidores», *LaLey*, 2015, n.º 8636, [pp. 1-18] pp. 7-10 (consulta vía smarteca).

(116) Vid. ahora, a propósito del crédito al consumo, Code de la Consommation, art. L. 341-2, que prevé que el juez pueda privar en todo o en parte de los intereses remuneratorios. Además, el art. L. 341-8 permite al consumidor mantener el beneficio del término. En relación con el crédito inmobiliario, el art. L. 341-27 Code de la Consommation pone ciertos límites a esa privación («peut être déchu du droit aux intérêts dans la proportion fixée par le juge, jusqu'à un montant ne pouvant excéder, pour chacun des manquements énumérés ci-après, 30 % des intérêts et plafonné à 30 000 euros»). Vid. también Code de la Consommation, art. L. 341-28: «[L]e prêteur qui accorde un crédit sans réaliser l'étude de solvabilité mentionnée à l'article L. 313-16 peut être déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge.» Para un planteamiento general del sistema de sanciones, que considera complicado, Aubry, «Mortgage credit in France», pp. 175-176.

(117) A propósito del crédito al consumo, el art. VII.201 Code de Droit économique contempla la posibilidad de privar al prestamista de todo o parte de los intereses moratorios y también de reducir su obligación a la restitución del capital, sin perjuicio de otras sanciones de *droit commun*. En cuanto al crédito inmobiliario, vid. art VII.209 (1^{er}): «[L]orsque le prêteur n'a pas respecté les obligations ou les interdictions visées aux articles VII.126, VII.127, VII.129, VII.130, VII.133 et VII.147, les formalités visées à l'article VII.132 ou les mentions visées à l'article VII.134, le juge peut: 1° sans préjudice des sanctions de droit commun, pour un prêt hypothécaire avec une destination mobilière, déclarer nul le contrat ou réduire les obligations du consommateur au montant du crédit prélevé et relever le consommateur de tout ou partie des intérêts de retard. Dans ce dernier cas, le consommateur conserve le bénéfice de l'échelonnement des paiements; 2° pour un crédit hypothécaire avec une destination immobilière, condamner le prêteur au paiement unique de dommages et intérêts de 40 p.c. maximum de tous les intérêts du crédit lorsque le montant du crédit prélevé est inférieur ou égal à 20 000 euros, de 30 p.c. maximum de tous les intérêts du crédit lorsque le montant du crédit prélevé est supérieur à 20 000 euros».

cho a la devolución del capital y, además, se da al consumidor el derecho a reclamar lo ya pagado.¹¹⁸

Tanto la pérdida del derecho a cobrar intereses convencionales como la del derecho a verse reintegrado del capital son medidas expresamente rechazadas en Alemania. El § 505d (1) BGB prevé una reducción *ipso iure* de los intereses a los que hubiera obtenido el prestamista si en lugar de dar el crédito hubiera invertido el capital en una inversión segura, en los términos que se describen en la norma.¹¹⁹ Así, un tipo de interés fijo es sustituido por el tipo de interés habitual de los bonos hipotecarios y los bonos del sector público alemán; y un tipo de interés variable es sustituido por el interés interbancario, siempre que estos sean más bajos que el interés pactado.¹²⁰ Es como si la protección del consumidor no exigiera desatender en todo caso el interés del prestamista a la remuneración y, por consiguiente, como si la conversión del préstamo en gratuito se percibiera como una sanción desproporcionada.¹²¹ Sin embargo, en España, la doctrina más bien recalca la efectividad de esa medida.¹²² En todo caso, no hay que olvidar que el TJUE, en la sentencia C-565/12, de 27.03.2014 (TJCE 2014, 126), *Crédit Lyonnais*, entendió que la medida era poco disuasoria si además no iba acompañada de la de pérdida de los intereses legales (en el caso analizado, se trataba de los intereses de demora).¹²³

(118) Vid. art. 32 Loi fédérale sur le crédit à la consommation, según la reforma efectuada en 20.03.2015: [1]: Si le prêteur contrevient de manière grave aux arts. 28, 29, 30 ou 31, il perd le montant du crédit qu'il a consenti, y compris les intérêts et les frais. Le consommateur peut réclamer le remboursement des montants qu'il a déjà versés, en application des règles sur l'enrichissement illégitime. El art. 28 (1) es el precepto que obliga a analizar la capacidad de devolución del deudor. De acuerdo con el art. 7.1 letra (a), la ley no se aplica a los créditos garantizados sobre inmuebles. Sobre el particular, Fornage, A. C. «Vers un droit de crédit à la consommation plus responsable», *Journal des Tribunaux*, 2017, 1, [pp. 4-46], pp. 28 ss, esp. pp. 34-35.

(119) Artz, § 505d BGB, en Bülow – Artz, *Verbraucherrecht*, Rn 6.

(120) La reducción se excluye si una adecuada valoración de la solvencia hubiera arrojado un resultado positivo, exactamente igual que el derecho que también se reconoce al consumidor de dar por resuelto el contrato. Vid. Artz, § 505d, en Bülow – Artz, *Verbraucherrecht*, Rn 4-9; Rank – Schmidt-Kessel, «Mortgage Credit in Germany», p. 178.

(121) Así, Brenner, Ch. *Die Verbraucherschützenden EG-Richtlinien im Bereich des Schuldrechts und Ihre Umsetzung in Deutschland und Frankreich. Auf dem Weg zu einem europäischen Privatrecht?*, Akademischer Verlag, München, 2000, p. 180. También Köndgen, «Policy...», en Grundmann – Atamer (eds.), *Financial Services...*, p. 51, cree que con ese tipo de sanción se corre el riesgo de enriquecer al consumidor injustamente.

(122) A propósito de esa misma sanción, prevista en el art. 21 (3) L. 16/2011, de crédito al consumo, para la infracción de un supuesto de hecho distinto, vid. Díez Alabart, «Evaluación de la solvencia...», en Díez Alabart – Represa Polo (eds.), *La protección del consumidor...*, p. 237. Recientemente, Cuenca Casas, «Intercambio...», p. 55. Antes, García Rubio, M.ª P. «La obligación a cargo del profesional de evaluar la solvencia del consumidor prestatario», *La Ley. Unión Europea*, 2014, 16, pp. 1-10.

(123) STJUE C-565/12, de 27.03.2014 (TJCE 2014, 126), *Crédit Lyonnais* (§ 55): «[H]abida cuenta del conjunto de consideraciones precedentes, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 23 de la Directiva 2008/48 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un régimen nacional de sanciones con arreglo al cual, en caso de que el prestamista incumpla su obligación precontractual de evaluar la solvencia del prestatario consultando una base de datos adecuada, el pres-

3.3. Responsabilidad civil del prestamista

Si las leyes de transposición no prevén una sanción concreta de Derecho privado, debería ser posible exigir responsabilidad civil al prestamista por aplicación de las reglas generales,¹²⁴ incluso de forma cumulativa a las sanciones administrativas que eventualmente puedan existir. A ello no se opondría el Considerando 56 Directiva 2014/17 que, dada su ubicación sistemática, solo se refiere a la hipótesis de que la solvencia se haya evaluado correctamente. Por supuesto, la prohibición de no dar crédito a quien no tiene el perfil adecuado nunca debería conducir a la nulidad del contrato, si la consecuencia es, sin excepción, la restitución de las prestaciones por parte de ambos contratantes.¹²⁵

Admitida la posibilidad de reclamar daños, el problema radica en determinar cuáles son los que puede reclamar el prestatario.¹²⁶ La respuesta sería que el daño es el contrato mismo, de manera que el juez debería tener en cuenta la diferencia que idealmente podría existir entre el contrato efectivamente concluido y el que realmente el consumidor podía haberse permitido; si el consumidor no hubiera tenido realmente capacidad de devolución alguna, entonces probablemente habría que pensar en la po-

tamista se ve privado de su derecho a los intereses convencionales, pero se beneficia de pleno Derecho de los intereses al tipo legal, exigibles desde el pronunciamiento de una resolución judicial por la que se condena a dicho prestatario al pago de los importes aún adeudados, que además se incrementan en cinco puntos si, al expirar un plazo de dos meses tras dicho pronunciamiento, el prestatario no ha abonado su deuda, cuando el tribunal remitente estime que, en un supuesto como el del litigio principal, que entraña la exigibilidad inmediata del capital del préstamo restante adeudado por la falta de pago del prestatario, los importes que puede efectivamente percibir el prestamista como consecuencia de la aplicación de la sanción de privación de los intereses no son significativamente inferiores a aquellos a los que podría tener derecho si hubiera cumplido su obligación de evaluar la solvencia del prestatario».

(124) En pro de un derecho individual a la reparación, a propósito del art. 8 Dir. 2008/48, Rott – Terryn – Twigg-Flesner, «Kreditwürdigkeitsprüfung...», pp. 166-168. En Alemania, Hofmann, «Die Pflicht...», p. 1785; en Estonia, Kalamees – Lilleholt – Sein, «Responsible Lending...», p. 32, pp. 36-37; en España, Mayorga Toledano, M. C. «Obligaciones de la entidad de crédito en la concesión de crédito adecuado a la solvencia y capacidad de endeudamiento del cliente», en Flores Doña, M.^a S. – Raga Gil, J. T. (dirs.), *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, [pp. 353-377], p. 373. A propósito de la Directiva 2014/17, la afirma en Italia, Sirena, P. «Introduzione. Autonomia privata e vigilanza bancaria nel diritto europeo dei contratti di finanziamento», en Sirena, P. (cur.), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, Grupo24ore, 2016, [pp. 3-8], p. 8.

(125) Expresamente, en Alemania, *vid. Referentenentwurf...: «[D]ie Verbote des Absatzes 1 verdeutlichen den Zweck der Kreditwürdigkeitsprüfung, stellen aber kein Verbot gemäß § 134 BGB dar, das zur Nichtigkeit des Darlehensvertrags führt (vgl. § 505d BGB)»*, p. 95. En Portugal, refiriéndose a la infracción del deber de analizar la solvencia antes de conceder crédito al consumo, Morais Carvalho, J. *Manual de Direito do Consumo*, 4a ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 373. Admiten la nulidad parcial, con efectos muy parecidos a los que aquí se defienden para la responsabilidad civil, Simón – Anderson, «The Impact...», p. 40.

(126) Köndgen, «Policy...», en Grundmann – Atamer (eds.), *Financial Services...*, p. 51. Parte de la doctrina alemana niega que pueda acumularse la sanción prevista en el § 505a BGB con la pretensión a la indemnización, ex § 280 BGB. Así, Artz, § 505a BGB, en Bülow – Artz, *Verbraucherrecht*, Rn 15. Con todo, *vid. Rank – Schmidt-Kessel, «Mortgage Credit in Germany»*, p. 178.

sibilidad de que el préstamo fuera inexigible y aquel quedara liberado de la devolución del capital y los intereses.¹²⁷

V. REFLEXIONES FINALES

Tanto la Directiva 2008/48 como la Directiva 2014/17 tienen entre sus fines la creación de un mercado interior del crédito y la protección de los consumidores, pero en la primera de las normas citadas la política de crédito responsable, de contornos más bien vagos, fue visto como un obstáculo (demasiadas cargas para la industria),¹²⁸ mientras que, por el contrario, la segunda se promulgó cuando ya había estallado la crisis inmobiliaria y, por consiguiente, se puso más en acento en la sostenibilidad en la contratación de préstamos, tanto en beneficio del consumidor como del sistema financiero en su conjunto.¹²⁹ Ello exigía abordar el problema del sobreendeudamiento con nuevas medidas y de forma algo más enérgica aunque, finalmente, quepa dudar de la utilidad de algunas de esas medidas, como la que prevé el suministro de abundante información precontractual que el consumidor no entiende, o el establecimiento de un plazo de vinculación de la oferta antes de cuyo transcurso no se pueda disponer del crédito salvo que la legislación nacional lo permita.

Según un estudio, hasta fechas relativamente recientes –hace menos de 10 años y, en todo caso, antes de la promulgación de la Directiva 2008/48 que, como se sabe, excluye de su ámbito de aplicación el crédito hipotecario– era poco frecuente que los Estados miembros contaran con legislación que obligara a comprobar la capacidad de devolución de los potenciales prestamistas y cuando existía no siempre era eficaz porque no se preveían sanciones en caso de infracción.¹³⁰ La renuencia con la que la Directiva 2008/48 abordó el problema, también contrasta con la apuesta más decidida del legislador en la Directiva 2014/17. De acuerdo con esta última norma, el prestamista debe abstenerse de ofrecer crédito cuando el consumidor no tiene capacidad de devolución, lo cual es perfectamente razonable y necesario, no solo para fortalecer a la entidad bancaria –al sistema bancario, en general– sino también para proteger el interés del prestatario. Precisamente porque el prestamista no puede conceder un crédito que no se ajuste a las necesidades o circunstancias económicas y financieras del consumidor, podría concluirse que sí que existe implícitamente un deber de asesorarle sobre el que más le conviene, aunque ninguna directiva lo diga así expresamente.

Aunque la noción de préstamo responsable lleva aparejada la de endeudamiento responsable, sin embargo el deber de prudencia recae en primer lugar sobre el prestamista, que es quien tiene mayor experiencia y dispone de más información de la que

(127) Esas y otras reflexiones en Arroyo Amayuelas, «La Directiva 2017/14....», p. 28.

(128) Rott, «Consumer Credit», en Micklitz *et al.* *European Consumer Law ...*, p. 205.

(129) Sobre los objetivos de política jurídica de la norma, *vid.* Considerandos 2, 3, 5-6 Dir. 2014/17. Mak, «What is Responsible Lending?...», p. 413; Comparato, «The Design....», en Micklitz – Domurath (eds.), *Consumer Debt...*, pp. 16-17.

(130) *Vid.* European Commission, Directorate General for Employment, «Towards a common operational European definition of over-indebtedness», Brussels, 2008, pp. 67-68.

cualquier acreedor pudiera tener sobre su deudor. Es lógico, por tanto, que el consumidor pueda exigirle responsabilidad civil cuando le concede crédito por encima de los límites aconsejables aunque, una vez más, las directivas guarden silencio sobre ese extremo. La prohibición de conceder crédito no podrá solucionar definitivamente el problema del sobreendeudamiento, cuyo origen también se encuentra en causas externas (divorcio, enfermedad, desempleo), pero sin duda contribuirá a evitar prácticas abusivas y a proteger a la banca contra sus propios excesos.